

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore

Domenico Carcano
Mario D'Andria

LVIII - agosto 2018, n° 08

08

20
18

| **estratto**

ARTIFICIOSA RAPPRESENTAZIONE DI
ELEMENTI POSITIVI FITTIZI NEL
PATRIMONIO DI UN ISTITUTO DI CREDITO

con osservazioni di **Dalila Federici**

354 ARTIFICIOSA RAPPRESENTAZIONE DI ELEMENTI POSITIVI FITTIZI NEL PATRIMONIO DI UN ISTITUTO DI CREDITO

SEZ. V - C.C. 26 MAGGIO 2017 (DEP. 19 SETTEMBRE 2017), N. 42778 - PRES. SABEONE - REL. GUARDIANO - P.M. FIMIANI (CONCL. PARZ. DIFF.) - (271442)

BANCA - Azioni ed obbligazioni bancarie acquistate da terzi con denaro proveniente dalla stessa banca - Artificiosa rappresentazione di elementi positivi del patrimonio di vigilanza - Reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza - Sussistenza - Fattispecie.

(C.C. ART. 2638)

Integra il reato di cui all'art. 2638 c.c. la condotta dell'amministratore di un istituto di credito il quale, attraverso l'artificiosa rappresentazione nel patrimonio di vigilanza di elementi positivi fittizi, costituiti da azioni ed obbligazioni acquistate da terzi con finanziamenti erogati in loro favore dallo stesso istituto creditizio, senza che tale circostanza venisse resa nota agli organi di vigilanza, abbia in tal modo occultato l'effettiva situazione economica della banca amministrata e determinato un effettivo e rilevante ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza. (Fattispecie in tema di concorso formale tra le ipotesi previste dal primo e dal secondo comma dell'art. 2638 c.c.).

FATTO E DIRITTO - 1. Con l'ordinanza di cui in epigrafe il Tribunale di Roma, in funzione di tribunale del riesame, adito ex art. 324 c.p.p., confermava il decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente emesso dal giudice per le indagini preliminari presso il medesimo tribunale, rispettivamente il 28.7.2016 ed il 14.8.2016, nei confronti di C.V. e della moglie S.M.R., nell'ambito del procedimento in cui C.V. risulta indagato per i reati di cui agli artt. 2638 e 2637 c.c., mentre la S. riveste la qualità di persona alla quale le cose sono state sequestrate.

2. Avverso tale ordinanza, di cui chiedono l'annullamento, hanno proposto tempestivo ricorso per cassazione i suddetti soggetti, a mezzo dei loro rispettivi difensori di fiducia, avvocati Franco Coppi, Massimo Malvestio e Alessandro Moscatelli, tutti del Foro di Roma, con un unico atto di impugnazione, lamentano: 1) violazione di legge, con riferimento alla inesatta interpretazione degli elementi costitutivi del delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza e, quindi, all'erronea individuazione, da parte dei giudici di merito, dei beni strumentali alla realizzazione del reato, dei flussi di finanziamenti individuati nei capi n. 1, n. 4, n. 5 e n. 6, dell'incolpazione provvisoria, laddove gli unici beni strumentali, che potevano essere sottoposti al vincolo ablatorio erano quelli concretamente utilizzati per la commissione del reato, vale a dire gli strumenti utilizzati per le false comunicazioni alle autorità di vigilanza; 2) violazione di legge, in quanto, con motivazione del tutto priva dei requisiti di ragionevolezza, il tribunale del riesame ha erroneamente ritenuto che il vincolo reale non potesse essere disposto direttamente sui beni di "Veneto Banca", in quanto persona estranea al reato, laddove, invece, l'ente creditizio in questione non può essere qualificato tale, avendo tratto vantaggio ed utilità dalle operazioni contestate agli ex vertici amministrativi dell'istituto; 3) violazione di legge, posto che la signora S. deve considerarsi persona del tutto estranea al reato.

3. Con requisitoria del 19.1.2017 il sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione, nella persona del dott. Pasquale Fimiani, chiede che, in parziale accoglimento dei ricorsi, sia disposto l'annullamento senza rinvio del «praticato sequestro quanto ai 14 milioni di Euro relativi al reato di cui al capo 4, rigettando nel resto i ricorsi».

4. Con memoria di replica, depositata il 19.5.2017, la S., attraverso il suo difensore, ribadiva, con ulteriori osservazioni, i propri argomenti.

5. Con motivi nuovi, depositati il 27.4.2017, i difensori del C., nei ribadire le doglianze già espresse, da un lato, evidenziano come un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2641 c.c., comma 2, debba escludere la confisca del controvalore dei beni utilizzati per commettere il fatto; dall'altro, sollecitano questa Corte di cassazione, in via subordinata, a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c., comma 2, per contrasto con l'art. 3 Cost. e art. 27 Cost., comma 3, nella parte in cui consente l'applicazione della confisca per equivalente anche ai beni utilizzati per commettere il reato.

6. I ricorsi non possono essere accolti.

7. Al riguardo va, innanzitutto, delimitato il campo di intervento dello scrutinio demandato a questa Corte di cassazione.

Il ricorso per cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo, infatti, è ammesso solo per violazione di legge, in tale nozione dovendosi comprendere sia gli *"errores in iudicando"* o *"in procedendo"*, sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice (cfr. Cass., Sez. un., 29.5.2008, n. 25932, rv. 239692).

Orbene, premesso che nessuna critica viene formulata dai ricorrenti sulla sussistenza del *fumus* del reato di cui si discute (art. 2638 c.c.), la prima questione da risolvere è se, con riferimento a tale fattispecie, rientrano nella previsione normativa dell'art. 2641 c.c., nella parte in cui prevede che siano sottoposti a confisca (e, pertanto, assoggettabili al sequestro preventivo ad essa finalizzato, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., comma 2), in relazione al reato ex art. 2638 c.c. (ricompreso nel Titolo 11, del Libro 5, c.c.), oltre al prodotto ed al profitto del reato, anche i beni utilizzati per commetterlo, i flussi di finanziamenti, di cui ai capi n. 1), n. 4), n. 5) e n. 6) dell'incolpazione provvisoria.

E, dunque, se il provvedimento ablativo, confermato dal tribunale del riesame, disposto sui beni del C. e della S., possa giustificarsi alla luce della previsione del secondo comma del citato art. 2641, secondo cui «quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma 1» (nel caso in esame individuati, per l'appunto, dai giudici di merito, nei citati flussi di finanziamenti, in quanto beni utilizzati per commettere il reato di cui all'art. 2638 c.c.) «la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente».

Ritiene il Collegio che a tale quesito debba risponderci nel senso indicato dal tribunale del riesame, secondo cui «i beni utilizzati per commettere il reato di ostacolo, di cui all'art. 2638 c.c., possono legittimamente essere identificati nella provvista messa a disposizione dei terzi» da Veneto Banca «per l'acquisto delle azioni proprie, ovvero sia nelle risorse destinate – per espressa disposizione dell'indagato in virtù della posizione apicale rivestita in seno alla banca – alle operazioni in virtù delle quali si è giunti alla mendace rappresentazione del patrimonio di vigilanza alla Banca d'Italia ed alla Consob, attraverso una realtà contabile artificiosa, che ha reso possibile, come si diceva, un'artefatta rappresentazione dello stato di salute dell'istituto di credito, "gonfiando" il patrimonio di vigilanza, mediante l'inclusione, tra gli elementi positivi, di obbligazioni ed azioni proprie, acquistate con provvista finanziaria della stessa banca».

Giova rammentare che, come si evince dalla lettura dei capi n. 1), n. 4), n. 5) e n. 6), dell'incolpazione provvisoria, al C. vengono contestate entrambe le fattispecie di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza previste dalla menzionata norma.

Al riguardo si osserva che il delitto di cui all'art. 2638 c.c., comma 1, è un reato di mera condotta, integrato sia dall'omessa comunicazione di informazioni dovute che dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, mentre il reato previsto dal secondo comma è un delitto di evento, che richiede la verifica di un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma, tra cui anche la mera omessa comunicazione di informazioni dovute; sicché, ove la condotta illecita si concretizzi nella omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute, è configurabile un concorso formale di reati eterogeneo, caratterizzato, cioè, dalla contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge con una sola omissione, conformemente alla previsione dell'art. 81 c.p., comma 1, (cfr. Cass., Sez. V, 12.11.2015, n. 6884, rv. 267169).

In considerazione dell'ampio spettro che può assumere la condotta del soggetto attivo del reato in entrambe le fattispecie delittuose, non appare revocabile in dubbio, dunque, che, attraverso l'artificiosa rappresentazione del patrimonio di vigilanza di elementi positivi che tali non erano, trattandosi di obbligazioni ed azioni acquistate da terzi con flussi di finanziamenti erogati in loro favore dalla stessa Veneto Banca, senza che tale circostanza venisse resa nota agli organi di vigilanza, sia stata occultata l'effettiva realtà economica (*lato sensu* intesa) dell'istituto di credito, che ha determinato un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza (e ciò, sia detto per inciso, vale anche per la fattispecie di cui al capo n. 4, posto che, in questo caso Veneto Banca, per mezzo del C., si era impegnata, con atto giuridicamente vincolante, al riacquisto, entro sei mesi, delle azioni comprate da "SG Ambient srl" e da "BIM Fiduciaria", per in prezzo di 14 milioni di euro, prevedendo addirittura la corresponsione di un interesse del 3%).

Nel disegno criminoso perseguito dal C. le provviste messe a disposizione dei terzi di volta, in volta, dalla banca su sua disposizione rappresentano, pertanto, il mezzo attraverso il quale il reato fu commesso ovvero, conformemente alla previsione dell'art. 2641 c.c., i beni utilizzati per commettere il reato di cui all'art. 2638, c.c., in quanto strumentalmente necessarie per la creazione dell'artificiosa rappresentazione dell'entità del patrimonio di vigilanza.

Si tratta di una nozione (al pari di quella di "corpo di reato" ex art. 253 c.p.p., di cui rappresenta una specificazione nell'ambito dei reati previsti nel Titolo 11, del Libro 5, c.c.), rientrante, peraltro, in quella di "cose pertinenti al reato", cui fa riferimento l'art. 321 c.p.p., che comprende, come è noto, sia le cose sulle quali o a mezzo delle quali il reato fu commesso o che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, sia quelle legate solo indirettamente alla fattispecie criminosa, senza estendersi, tuttavia, al punto di attribuire rilevanza a rapporti meramente occasionali tra la "res" e l'illecito penale (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 28.5.2014, n. 26444, rv. 259850).

Una volta stabilito che i menzionati flussi di finanziamenti potevano essere legittimamente sequestrati, si deve affrontare l'ulteriore questione della legittimità della confisca dei beni del C. per un valore agli stessi equivalente, conformemente alla previsione dell'art. 2641 c.c., comma 1.

Anche in questo caso i rilievi difensivi non colgono nel segno.

L'impossibilità di procedere alla materiale apprensione dei finanziamenti originariamente erogati da Veneto Banca, non consente di orientare il vincolo cautelare reale verso l'attuale disponibilità patrimoniale dell'istituto di credito, come pretenderebbero i ricorrenti, non apparendo evidente la possibilità di applicare la previsione dell'art. 240 c.p., comma 3, alla quale rimanda l'art. 2641 c.c., comma 3, secondo cui la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, non può essere disposta quando si tratta di cose appartenenti a persona estranea al reato.

Sul punto il tribunale del riesame rende una motivazione articolata, spiegando come, al di là del dato formale rappresentato dalla mancata iscrizione dell'istituto di credito nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., per illecito amministrativo dipendente da reato societario, vi sono ragioni di merito che non consentono di affermare che Veneto Banca abbia tratto vantaggio dalle operazioni poste in essere dal C.

Rileva, in particolare, il tribunale del riesame: «se è vero che per il tramite delle operazioni compiute dai suoi amministratori Veneto Banca ha potuto proseguire nella sua attività d'impresa ed aumentare la sua concreta operatività, tuttavia da ciò l'istituto non ha certo tratto un profitto o un qualsivoglia effetto economico positivo, quanto piuttosto un grave danno, essendo state proprio le operazioni in contestazione espressione della politica aziendale del C., mirante solo ad allargare la base soci senza riguardo per il merito creditizio – a portare l'istituto sull'orlo di una crisi economica irreversibile, secondo una logica espansionistica rivelatasi esiziale per l'istituto» (che grazie unicamente all'intervento del Fondo Atlante è riuscito a rimanere sul mercato, non avendo trovato altri investitori disponibili a ricapitalizzarlo) «e funzionale solo a garantire il consolidamento e l'accrescimento del potere dell'indagato, e della stretta cerchia a lui facente capo, sull'ente».

Orbene, la nozione di persona estranea a reato fatta propria dal tribunale del riesame, risulta conforme ai principi affermati dalla suprema Corte nella sua espressione più autorevole.

Premesso che per terzo, i cui diritti vengono salvaguardati dal legislatore prevalendo anche sulla sanzione della confisca, deve intendersi la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità, evidenziano, infatti, le Sezioni unite di questa Corte che soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e

soggettiva può vedere riconosciuta laintangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca (cfr. Cass., Sez. un., n. 11170, del 25.9.2014, rv. 263679). Non può, pertanto, sostenersi che, sul punto, il tribunale del riesame abbia reso una motivazione affetta da vizio di violazione di legge o meramente apparente, laddove i ricorrenti, sotto la veste della violazione di legge, denunciano in realtà (inammissibilmente) vizi di motivazione.

Ad identiche conclusioni deve giungersi con riferimento alla posizione della S., in quanto la ricorrente deduce, in realtà, vizi motivazionali, che sfociano in una diversa valutazione dei risultati acquisiti nel corso delle indagini, al fine di dimostrare la sua qualità di persona estranea al reato.

Anche in questo caso, infatti, la motivazione del tribunale del riesame, fondata su di un'approfondita analisi di tutte le emergenze investigative, non risulta né apparente, né frutto di un ragionamento totalmente illogico, avendo, il giudice dell'impugnazione cautelare, correttamente evidenziato come il provvedimento di sequestro trovi giustificazione nella dimostrata circostanza che la S. risulta essere solo la formale intestataria del patrimonio del marito, alla luce, da un lato, dell'evidente sproporzione tra l'ammontare dei redditi dell'indagata e le consistenze patrimoniali nella sua esclusiva disponibilità emerse dalle indagini; dall'altro della circostanza che i rilevanti trasferimenti di ricchezza sono avvenuti proprio nel periodo di crisi dell'istituto e di crescente attenzione degli organi di vigilanza e del pubblico dei risparmiatori (cfr. pp. 6-8).

Né va taciuto che la qualità di persona estranea al reato presuppone che al requisito oggettivo integrato dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, si aggiunga la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, intesa come «non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato».

Da quanto detto risulta che il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 c.c., dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanti un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare (cfr. Cass., Sez. un., n. 11170, del 25.9.2014, rv. 263679).

Su tale specifico profilo la ricorrente non si è soffermata specificamente, a fronte di una motivazione in cui il tribunale del riesame, implicitamente, ma con assoluta chiarezza, deduce la mancanza di buona fede della S. dalle vicende relative alla formazione ed alla consistenza della sua disponibilità economica, raffrontate alla posizione del marito.

Restano da affrontare le questioni poste con i motivi aggiunti, che appaiono del tutto infondate.

La formulazione testuale dell'art. 2641 c.c., comma 2 («Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente») nel suo fare specifico riferimento ai "beni" indicati nel primo comma non può non ricomprendere anche le cose utilizzate per commettere uno dei reati previsti dal Titolo 11 del Libro V, c.c., che il comma 1 dello stesso art. 2641 citato, definisce con l'inequivocabile locuzione di "beni utilizzati per commetterlo".

Tale approdo interpretativo deve ritenersi conforme al valore cogente, spesso obliterato dagli interpreti, della disposizione di cui all'art. 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello, innanzitutto, fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse.

Né va taciuto che l'orientamento giurisprudenziale, affermatosi in sede di interpretazione del d.lg. n. 58 del 1998, art. 187, comma 2, cui i difensori del C. fanno riferimento per sostenere la loro tesi circa l'inapplicabilità della confisca per equivalente ai beni utilizzati per commettere i reati previsti dall'art. 2641 c.c., comma 1, (cfr. Cass., Sez. V, 24.5.2007, n. 28944), risulta ormai superato dai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, condivisi dal Collegio, secondo cui la confisca per equivalente, in relazione ai delitti previsti dal d.lg. n. 58 del 1998, art. 187, è applicabile nei casi in cui non sia possibile la confisca non solo del prodotto o del profitto ma anche dei beni utilizzati per commettere il reato (cfr. Cass., Sez. VI, 22.5.2013, n. 24558, rv. 256811).

Manifestamente infondata, infine, è la questione di legittimità costituzionale prospettata dal C., essendosi espressa nello stesso senso, con condivisibile arresto, altra sezione di questa Corte, che ha ritenuto

manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del d.lg. n. 58 del 1998, art. 187, per violazione degli artt. 3 e 27, Cost., nella parte in cui consente la confisca anche per equivalente non solo del profitto, ma altresì dei beni impiegati per commettere il reato di abuso di informazioni privilegiate (cfr. Cass., Sez. V, 13.3.2012, n. 28486, rv. 252989), con decisione assolutamente sovrapponibile al caso in esame, in considerazione dell'analogia tra il d.lg. n. 58 del 1998, art. 187, e l'art. 2641 c.c., che rappresenta il perno su cui ruotano i motivi nuovi di ricorso del C.

8. Sulla base delle svolte considerazioni i ricorsi di cui in premessa vanno, dunque, rigettati, con condanna di ciascun ricorrente, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., al pagamento delle spese del procedimento.

OSSERVAZIONI

La pronuncia in esame, si presenta particolarmente interessante sotto il profilo del rapporto tra il primo e secondo comma dell'art. 2638 c.c.

In totale conformità alla giurisprudenza, seppur scarna, che la precede in materia (ci si riferisce a Sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, in *C.E.D. Cass.*, n. 267169, con nota di STAMPANONI BASSI, *Ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza: problematiche in tema di concorso di reati*, in *questa rivista*, 2016, p. 3409), la Corte ritiene che sia configurabile un concorso formale eterogeneo ex art. 81 c.p. tra le fattispecie dei commi 1 e 2, nel caso in cui un soggetto, con una sola condotta, ometta in modo artificioso di comunicare informazioni rilevanti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, di fatto ostacolando le funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza.

Nella specie, si è ritenuto integrato il concorso formale di reati nella condotta degli imputati, che attraverso delle operazioni di acquisto di azioni proprie, hanno rappresentato un patrimonio mendace di un istituto di credito alla Banca d'Italia e alla Consob. Ciò avveniva attraverso una contabilità artificiosa, che ha reso possibile una visione artefatta dello stato di salute di Veneto Banca, mediante inclusione, tra gli elementi positivi, di obbligazione ed azioni proprie, acquistate con provvista finanziaria della stessa banca. In parole più semplici, gli imputati attraverso l'artificiosa rappresentazione del patrimonio di vigilanza di elementi positivi che tali non erano, poiché erano obbligazioni e azioni proprie, ovvero acquistate da terzi con soldi provenienti dalla stessa Veneto Banca, hanno determinato un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza violando quindi, contemporaneamente, due diverse disposizioni legislative.

Per poter analizzare il tema del concorso di reati, però, è necessario ricostruire brevemente le due fattispecie che compongono la norma codicistica.

In proposito, l'art. 2638 c.c. rubricato «ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza» si compone per giurisprudenza e dottrina costante di due fattispecie autonome di reato (v. GAMBARDILLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 141 ss.; MESSINA, in CANZIO - CERCHIA - LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2016, p. 557 ss.; LANZI - INSOLERA, *Codice penale d'impresa*, Dike, 2015, p. 115; LOVECCHIO MUSTI, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Utet, 2005, p. 242 ss.; MAZZACUVA - AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, 2016, p. 111 ss.; ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, 2012, p. 242 ss.). Tale modalità di costruzione dell'art. 2638 c.c., rispecchia pienamente il disegno della legge di delega che testualmente si proponeva di «armonizzare e coordinare le ipotesi riguardanti le falsità nelle comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ostacolo alle relative funzioni e omesse comunicazioni da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società [...] eventualmente estendendo le ipotesi stesse a condotte omologhe che, in violazione di disposizioni di legge, ledano i predetti beni» (v. SAPONARA, in CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Utet, 2017, p. 320 ss. e MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, p. 286).

In quasi totale aderenza alla delega, quindi, il primo comma, prevede il delitto di false comunicazioni alle autorità di vigilanza; il secondo comma il vero e proprio delitto di ostacolo alle funzioni di vigilanza. Primariamente bisogna specificare, che i soggetti attivi di entrambi gli illeciti sono i medesimi soggetti attivi qualificati, ovvero amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci, liquidatori di società o enti e ogni altro soggetto sottoposto per legge alle autorità pubbliche di vigilanza.

Per quanto attiene al primo comma, esso si articola in due distinte modalità di condotta: l'esposizione di fatti non rispondenti al vero e l'occultamento, attraverso mezzi fraudolenti, di informazioni che dovevano essere comunicate. Il primo comma, è pacificamente in dottrina e giurisprudenza un reato di mera condotta e di pericolo concreto (*ex multis* MONTANI, in ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Giappichelli, 2017, p. 202 e GAMBARDILLA, *Condotte economiche*, cit.; MESSINA, *Diritto penale delle società*, cit., p. 566 ss. e in giurisprudenza Sez. V, 12 novembre 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 267169), che si consuma nel momento in cui le informazioni vengono comunicate o occultate alle autorità di pubblica vigilanza.

Importante è osservare come, sia nella motivazione della sentenza in oggetto, che nella sent. 6884/16 già citata, si prenda in considerazione, rispetto al comma 1 una sola delle due modalità alternative di realizzazione della condotta. Infatti nella sentenza n. 6884/16, nonostante in un primo momento si rilevi che il primo comma è caratterizzato dalla presenza di due condotte di pari offensività – ovvero la comunicazione di informazioni mendaci e l'occultamento con mezzi fraudolenti di informazioni che si sarebbero dovute comunicare – si afferma successivamente in motivazione, che il primo comma è un delitto di mera condotta, integrato sia dalla mera omessa informazione dovuta, sia dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare le situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, ed è evidente, che si prenda in considerazione una sola delle due modalità di condotta, ovvero quella omissiva. La stessa espressione, si rinviene, poi, nella sentenza in commento, con la sola differenza che scompare nella locuzione «mera omessa informazione dovuta» la parola «mera».

Siffatta ricostruzione delle condotte del primo comma, non appare del tutto corretta per due ragioni: la prima si basa sulla constatazione che l'omissione non è la sola modalità di realizzazione del reato possibile, essendo lo stesso integrato anche dalla falsa comunicazione, quindi da una condotta totalmente attiva; in secondo luogo, l'omissione «mera» non sembrerebbe poter essere rilevante (così ad esempio LANZI, *Diritto penale dell'economia commentario*, Dike, 2016, p. 58 ove sottolinea che il mero silenzio semmai rilevarebbe ai fini della configurazione del comma 2), considerando che, nella disposizione, vi è l'esplicito richiamo alla fraudolenza dei mezzi il che indicherebbe, secondo dottrina pressoché unanime, una condotta mista commissiva/omissiva. In altre parole, la condotta dall'agente altro non sarebbe che un momento omissivo di una condotta sostanzialmente attiva (così MONTANI, *Reati economici*, cit., p. 203; MESSINA, *Diritto penale delle società*, cit., p. 571; ROSSI, *Illeciti penali*, cit., p. 248).

Afferma infatti la Corte di cassazione nel 2006, con sentenza della Sez. VI, 13 gennaio 2006, n. 17290 (in *C.E.D. Cass.*, n. 234533) che la condotta può considerarsi omissiva solo nel senso che si risolva complessivamente in un'omissione di informazioni dovute alle autorità di vigilanza, quindi in realtà la condotta tipica, sarebbe costituita da un'azione, che si sostanzia nell'occultamento con mezzi fraudolenti di dati rilevanti in merito alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria.

Si aggiunga, che con locuzione «altri mezzi fraudolenti» secondo alcuni autori alluderebbe a mezzi che debbano necessariamente essere diversi dalla falsità (si veda MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, p. 294; SANTORIELLO, in *La disciplina penale dell'economia*, Giappichelli, 2008, p. 256; AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale d'impresa*, Zanichelli, 2016, p. 237, e in giurisprudenza Sez. VI, 9 gennaio 2010, in *C.E.D. Cass.*, n. 248821). Detto in altre parole, secondo parte della dottrina, la prima modalità di condotta, ovvero la comunicazione di informazioni mendaci, non può sovrapporsi alla seconda modalità di realizzazione di condotta – omissione con fraudolenza di informazioni dovute – che

conserva una sua autonomia e si collega all'utilizzo, ai fini dell'omissioni, di mezzi fraudolenti che non coincidono con la falsità nella comunicazione.

Quindi, la giurisprudenza, nelle due pronunce del 2017, non sembra aver sufficientemente valorizzato – sostenendo che rilevi l'omissione *sic et simpliciter* – la locuzione «altri mezzi fraudolenti», che indicherebbe, come già evidenziato, la necessità di una condotta in parte attiva e che ad ogni modo, non rappresenta l'unica modalità di realizzazione del reato.

Le due condotte alternative, poi, devono essere poste in essere dal soggetto agente, secondo una specifica finalità, così come indicato dal comma 1, ovvero l'ostacolo alle funzioni di vigilanza. Tale ostacolo, rappresenta, nella prima fattispecie di reato, il dolo specifico, il che sembra dover escludere la possibilità di configurazione a titolo di dolo eventuale.

Diverso è invece il ruolo dell'ostacolo al secondo comma dell'art. 2638 c.c. Infatti, lo stesso non caratterizza l'elemento soggettivo, ma assurge a vero e proprio evento della fattispecie. Il comma 2 prescrive, infatti, che sono puniti, gli stessi soggetti di cui al comma 1, che «in qualsiasi forma anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni». Dalla formulazione testuale, qui l'ostacolo rappresenta il vero e proprio evento della fattispecie criminosa, il che comporta che lo stesso deve essere accertato analiticamente e puntualmente in sede processuale.

Importante è quindi la definizione del concetto di ostacolo, che a parere della giurisprudenza non deve essere interpretato nel senso di insuperabilità o definitività dello stesso, ma piuttosto come un impedimento, seppure non insuperabile, comunque non momentaneo e non irrilevante, tale che impedisca alle pubbliche autorità di vigilanza di svolgere correttamente ed in modo efficace le proprie funzioni (*ex multis*, Sez. V, 7 dicembre 2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 254065; Trib. Siena, 31 ottobre 2014, n. 762; e in dottrina ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività d'impresa*, Il Mulino, 2010, p. 270 ss.).

Esaminati brevemente i due commi, si limita l'attenzione ai fini dell'analisi della pronuncia in esame, esclusivamente alla seconda modalità di condotta del reato di false comunicazioni alle autorità pubbliche di vigilanza, ovvero l'occultamento di fatti che si sarebbero dovuti comunicare, e al secondo comma dell'art. 2638 c.c.

A tal proposito, bisogna, in via preliminare individuare quali sono le informazioni dovute. Tali informazioni, sono definite dalla norma come «quelle dovute in base alla legge» non individuando, in modo analitico le fonti da cui ricavare tale obbligo. La norma poi, specifica, seppur in modo ampio, il contenuto di tali comunicazioni, ovvero quelle concernenti la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'ente. Essendo appunto una definizione non precisa, si è ritenuto, che per individuare quali siano le informazioni rilevanti ai fini penali, bisogna collegarle funzionalmente al concetto di vigilanza (MONTANI, in *Reati in materia economica*, cit., p. 203). In tal modo, saranno rilevanti tutte quelle informazioni, che possono, al comma 1, concretamente mettere in pericolo la vigilanza mentre al secondo comma, quelle che di fatto la ostacolano in modo vero e proprio. Si deve aggiungere che, secondo alcuni autori (sempre MONTANI, in *Reati in materia economica*, cit., p. 203) il comma 2, allargherebbe il contenuto della notizia suscettibile di ostacolare l'attività della pubblica autorità di vigilanza, poiché non fa alcun riferimento esplicito alla situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'ente.

Esaminata brevemente la disposizione e tornando al problema di concorso tra il primo e secondo comma, esso si pone, come nel caso di specie, allorché con una sola omissione, il soggetto, ometta con mezzi fraudolenti, di comunicare informazioni che avrebbe dovuto comunicare in base ad un obbligo di legge, ostacolando le funzioni di vigilanza. Come si può notare tale condotta, che è unitaria, integra tanto il comma 1, quanto il comma 2 dell'art. 2638 c.c. soprattutto se ricostruita alla stregua di tale pronuncia come esposto *supra*. Nel momento in cui, infatti, il comma 1 si ritiene integrato o dall'omissione di informazioni dovute o dal ricorso a mezzi fraudolenti, non evidenziando invece, l'irrelevanza della mera omissione e la presenza di un'altra modalità di realizzazione di condotta, il risultato finale non può che essere la sovrapposizione, tra il reato di cui al comma 1 e reato di cui al comma 2.

Tale premessa è fondamentale, per cogliere l'essenza del fenomeno. Si deve dar atto che, in caso di più azioni od omissioni, il problema interpretativo di interferenza tra norme e la risoluzione dello stesso nel senso di concorso effettivo o apparente non viene nemmeno in essere. Si deve infatti specificare, che il dilemma interpretativo sull'applicabilità o meno di una o più norme incriminatrici si pone solo allorquando, venga in considerazione una condotta di tipo unitario dal punto di vista naturalistico. Solo in questo caso, e non quando le condotte siano più di una o differenziate, l'interprete deve valutare ed esaminare in che rapporto si trovano le due fattispecie di reato astrattamente applicabili al caso di specie. Si deve a tal proposito, valutare quali sono i criteri utilizzabili ai fini dello scioglimento del dilemma interpretativo. Cioè bisogna comprendere se oltre al criterio principe della specialità *ex art. 15 c.p.* (per l'analisi dell'art. 15, v. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Cedam, 2004, p. 173 ss.), possano essere usati anche i c.d. criteri valoriali. Ci si riferisce nella specie al criterio della sussidiarietà e della consunzione (v. per approfondimento SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, 2018, p. 173 ss.).

Partendo dall'analisi dell'art. 15 c.p. bisogna distinguere tra presupposto del concorso apparente e la disciplina dello stesso. Il presupposto, regolato dalla prima parte dell'articolo, è individuato nella circostanza secondo la quale più leggi regolino la "stessa materia". La formula è stata nel tempo interpretata in modo diverso. Parte della giurisprudenza considerava la locuzione "stessa materia" un sinonimo di "stesso bene giuridico" (Sez. un., 21 aprile 1995, n. 9568, in *C.E.D. Cass.*, n. 202011 e tra le più recenti Sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539, *ivi*, n. 262053). Tale interpretazione, andava a limitare il campo di applicazione del principio di specialità al solo caso in cui la norma speciale fosse posta a presidio dello stesso bene giuridico della norma generale. Tale impostazione, però, si presentava troppo restrittiva, poiché andava ad escludere addirittura casi in cui il rapporto di specialità tra norme sia di tipo unilaterale; dove per specialità unilaterale, si intende che una sola delle due fattispecie presenta elementi specializzanti rispetto all'altra e che in assenza della norma speciale, i fatti riconducibili alla stessa sarebbero indiscutibilmente ricompresi nella norma generale.

All'impostazione presentata dalla prima giurisprudenza sul significato di "stessa materia" si oppone quella parte di giurisprudenza più recente, che opera un raffronto logico-strutturale tra gli elementi della fattispecie. Il ragionamento di base seguito dalla giurisprudenza anche a Sezioni unite (si veda una per tutte Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *C.E.D. Cass.*, n. 248722) è che, non si possa affermare che due fattispecie non regolino la stessa materia, quando tra di loro intercorra un rapporto di *species-genus*. Le Sezioni unite Di Lorenzo, evidenziano, che ciò sia evidente, nei casi di specialità unilaterale per specificazione, ovvero in quei casi dove una sola norma presenta elementi specializzanti rispetto all'altra. Ciò sarebbe evidente anche nel caso di specialità reciproca per specificazione, ovvero nel caso in cui le fattispecie presentano un nucleo comune di elementi per poi avere una, rispetto all'altra, elementi specializzanti. Sempre secondo le Sezioni unite, anche la specialità unilaterale per aggiunta sarebbe ricompresa nell'ambito di operatività dell'art. 15 c.p. ove la specialità per aggiunta si caratterizza per la circostanza secondo la quale, la norma speciale presenta elementi aggiuntivi rispetto alla generale; ove la differenza tra la specialità per aggiunta e quella per specificazione, risiederebbe, nella variabile numerica degli elementi. Per dirlo in altre parole, nella specialità per specificazione gli elementi sono numericamente uguali ma qualitativamente diversi, mentre nella specialità per aggiunta gli elementi sono quantitativamente diversi (GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008, p. 192 ss.).

In ultimo, rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'art. 15 c.p. anche i casi di specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta, tale evenienza si verifica allorquando una fattispecie presenta elementi specializzanti rispetto all'altra e nel contempo la seconda fattispecie presenta elementi aggiuntivi.

L'identità di materia, viene invece esclusa, nel caso di specialità reciproca bilaterale per aggiunta cioè quando entrambi le fattispecie presentano un elemento aggiuntivo rispetto all'altra, tale che, da un nucleo comune, vengono aggiunti elementi eterogenei che impediscono di concludere nel senso che le norme regolino la "stessa materia".

Si verificherà più avanti se in questo caso sia possibile escludere il concorso di reati applicando dei criteri diversi come quelli della sussidiarietà o della consunzione.

Tornando all'art. 15 c.p., una volta appurato che due norme regolino la “stessa materia” si deve stabilire quale si presenti speciale rispetto all'altra. Rispetto alla specialità unilaterale la risoluzione del problema è elementare, infatti solo una delle due presenta elementi speciali o aggiuntivi. Il problema si pone invece rispetto alla specialità reciproca. Dottrina e giurisprudenza, hanno elaborato degli indici di riferimento, quali il complesso normativo nel quale si trovano le disposizioni, i soggetti a cui si riferiscono e il numero di elementi specializzanti (si veda per tutti Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *C.E.D. Cass.*, n. 248722 e, per la dottrina, PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2017, p. 446 ss.).

Avendo fino ad ora, analizzato quali fenomeni sono riconducibili all'art. 15 c.p. rimane da analizzare se quei rapporti che rimangono esclusi da tale paradigma possano essere risolti attraverso un criterio diverso.

Prima ci si riferiva ai criteri della sussidiarietà e della consunzione. Per quanto attiene al primo, si considera una norma sussidiaria rispetto all'altra quando la prima (cioè la sussidiaria) tutela, oltre al bene giuridico protetto dalla norma definita principale, uno o più beni ulteriori oppure reprime un grado di offesa allo stesso bene più grave. Il criterio di sussidiarietà, è largamente usato nel nostro ordinamento come tecnica legislativa. Ci si riferisce ai casi in cui le norme presentano le c.d. “clausole di riserva”. Esse possono essere di tre tipi, determinate nel caso di un rinvio esplicito a una disposizione, relativamente determinate attraverso locuzioni quali «se il fatto costituisce più grave reato» e indeterminate nel caso di rinvio a una qualsiasi disposizione suscettibile di attuazione, come ad esempio «se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge». Orbene, proprio in virtù della presenza nell'ordinamento di tale clausole anche nella forma indeterminata, la dottrina in generale, ritiene che esse rappresentino una sorta di principio sistemico, che permetterebbe di ritenere applicato il principio della sussidiarietà anche nel caso in cui la stessa non sia esplicita. Cioè si vuole, per mezzo di una serie di argomentazioni sistematiche, che più avanti verranno esposte, individuare criteri alternativi alla specialità, così come sancita nell'art. 15 c.p., che siano volte ad escludere il concorso tra norme.

Per comprendere meglio il fenomeno, bisogna introdurre un altro criterio di risoluzione del concorso tra norme usato dalla dottrina, già nominato precedentemente, che è quello della consunzione. Esso postula che non debbano concorrere, e quindi si applichi una sola delle due norme, nel caso in cui, la commissione di un reato è strettamente funzionale alla commissione di un altro reato che per la sua gravità assorbirebbe interamente il disvalore del primo (MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale*, cit. p. 527 ss.). Tale teorizzazione, scaturisce, tanto, quanto il principio della sussidiarietà dal dato fattuale dell'esistenza, nel sistema dei principi del diritto penale di una specifica norma, ovvero l'art. 84 c.p. Tale articolo, disciplina il c.d. reato complesso, e sancisce «le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero per se stessi reato». Appare palese, che se lo stesso fosse interpretato, alla stregua dell'art. 15 c.p. rappresenterebbe un mero doppione dello stesso. Procedendo per gradi, si può notare, che letteralmente, l'art. 84 c.p. non aggiunge nulla al principio sancito dall'art. 15 c.p. nel sostenere che non si applichino le norme sul concorso di reati, nel caso in cui un elemento costitutivo di un reato (che evidentemente è composto anche da elementi ulteriori), costituisca da solo un altro reato. Si sta parlando in questo caso di un rapporto tra norme, che secondo quanto tracciato prima, si può identificare nel rapporto di specialità unilaterale. Muovendo quindi da questo assunto, parte della dottrina (*ex multis* MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale parte generale*, cit., p. 527 ss.), ha cercato di individuare nell'art. 84 c.p. invece che un inutile doppione dell'art. 15 c.p. l'espressione del principio della consunzione. Cioè lo ha interpretato nel senso che, in questo caso le norme non siano in rapporto di specialità unilaterale ma che la commissione di un reato sia strettamente funzionale a commetterne un altro assorbendosi interamente in esso (per critica a tale costruzione, secondo la quale l'art. 84 c.p. rientri nel tema del concorso tra norme VASSALLI, voce *Antefatto e postfatto*, in *Enc. giur. Treccani*, in realtà, nell'art. 84 c.p. non vi è affatto unità

di azione e le norme si presentano in rapporto di totale eterogeneità tra di loro). Un esempio classico è la violazione di domicilio *ex art. 614* e furto in abitazione *ex art. 624-bis*, in tale caso, la violazione del domicilio è strettamente funzionale rispetto al reato finale furto.

La giurisprudenza, però, ha sempre rifiutato l'utilizzo di criteri valoriali, ai fini della risoluzione dell'interferenza tra norme nel senso del concorso di reati o apparente di norme, ritenendoli eccessivamente arbitrari e non rispettosi dei principi di tassatività e determinatezza, corollari del principio di legalità *ex art. 25 Cost.* (*ex multis* Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *C.E.D. Cass.*, n. 248722).

Dopo aver ripercorso, i criteri di risoluzione delle interferenze tra norme, nel caso concreto preso in considerazione dalla pronuncia in esame, si ricorda che, si ritengono concorrenti le fattispecie di cui al primo e secondo comma dell'art. 2638 c.c. Ovvero si analizza il caso in cui, un soggetto con una sola condotta, ometta, in modo fraudolento, di comunicare fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società al fine di ostacolare le funzioni di vigilanza, che nel concreto determina l'evento "ostacolo alle funzioni di vigilanza".

Si osserva, quindi, che un soggetto con una sola azione/omissione, ha violato contemporaneamente due disposizioni, ed è compito dell'interprete, valutare se l'interferenza tra le due norme vada risolta nel senso del concorso di reati o del concorso apparente di norme.

Considerando che la pronuncia in esame, non sembra motivare l'asserita eterogeneità tra le due fattispecie e semplicemente le ritiene riconducibili al fenomeno di cui all'art. 81 c.p. ovvero al concorso eterogeneo di reati, si cercherà di seguito di comprendere in che modo la giurisprudenza approdi pacificamente a tale soluzione (v. Sez. V, 12 novembre 2015, n. 6884, in *C.E.D. Cass.*, n. 267169, esplicitamente richiamata in motivazione e totalmente conforme).

A tal fine utilizzando i criteri sopra esposti, si può escludere sicuramente che le due norme siano in rapporto di specialità unilaterale, infatti il primo comma presenta come elementi specializzanti il dolo specifico e i mezzi fraudolenti, totalmente assenti nella seconda fattispecie ma che al tempo stesso presenta come elemento speciale l'evento. Appurato che le due fattispecie sono quindi riconducibili al rapporto di specialità reciproca, ai fini dell'esclusione, così come statuito dalla giurisprudenza a Sezioni unite, dell'applicabilità dell'art. 15 c.p., bisogna verificare che tipo di specialità reciproca intercorre. Si deve cioè valutare se gli elementi speciali presenti nel primo comma e nel secondo comma sono di tipo aggiuntivo o specializzante. Pare – nonostante la difficoltà di asserire in modo certo e inequivocabile che un elemento possa essere qualitativamente o quantitativamente diverso, poiché nella realtà anche l'elemento aggiuntivo sarebbe implicitamente presente nella norma che non lo contiene – che le due norme siano in rapporto di specialità reciproca per aggiunta poiché una presenta il dolo specifico e l'altra l'evento, elementi che sembrerebbero porre le due fattispecie in rapporto di totale eterogeneità. Preme specificare, che la ricostruzione in questi termini sembra essere l'unica che la Cassazione possa aver usato, poiché se le norme fossero in rapporto di specialità per specificazione non potrebbero concorrere.

Il passo ulteriore, è valutare se tale soluzione – ovvero quella secondo la quale un soggetto che con una sola condotta ometta di comunicare con mezzi fraudolenti informazioni rilevanti all'autorità di vigilanza allo scopo di ostacolarne le funzioni, qualora le funzioni siano di fatto ostacolate, risponda di due reati – sia in qualche modo superabile attraverso l'utilizzo di criteri differenti. Il problema che si presenta è la circostanza secondo la quale si è in presenza di un unico fatto naturalistico che integra due fattispecie diverse necessariamente, cioè è naturalisticamente impossibile che un soggetto che ometta una comunicazione rilevante con mezzi fraudolenti e con dolo specifico che ostacola di fatto le funzioni di vigilanza, non abbia prima messo in pericolo le stesse. In altre parole, esistono casi specifici in cui la violazione della prima norma che tutela il bene "funzioni di vigilanza" ad un livello prodromico, ovvero quello della messa in pericolo, sia "necessaria" dal punto di vista naturalistico per ledere il bene al livello superiore di danno.

Analizzata in questi termini, sembra che il rapporto tra le due fattispecie si possa ricondurre al principio di sussidiarietà. Infatti per arrivare a ledere un bene è naturalisticamente ovvio che prima la condotta lo abbia necessariamente messo in pericolo.

Considerando però che allo stato attuale, la giurisprudenza a Sezioni unite, come prima esposto, non ammette che il criterio di sussidiarietà abbia portata generale in questo caso, ove si è in presenza di sussidiarietà tacita, si deve necessariamente concludere che le due fattispecie di reato debbano, allo stato attuale necessariamente concorrere.

Sarebbe quindi auspicabile proprio perché sembra che vi sia una sorta di sussidiarietà tacita tra le norme, una riforma nel senso dell'inserimento nel testo legislativo, di una clausola di riserva espressa.

Se tra l'altro, si osservano i reati societari nel loro complesso, e specificamente quelli che riguardano la disciplina della mendace o omessa informazione societaria, si può notare, che per quanto attiene al c.d. falso in bilancio, ovvero le false comunicazioni sociali, previste e punite dagli artt. 2621 ss. c.c., il legislatore ha inserito esplicitamente clausole di riserva, ove tra l'altro non era affatto necessario essendo tutte le norme in rapporti facilmente riconducibili all'art. 15 c.p. Ad esempio essa si trova nel 2621 c.c. ove si legge che lo stesso si configura solo fuori dai casi del 2622 c.c. o nel 2621-bis c.c. ove si esclude l'applicabilità dello stesso nel caso in cui la condotta del soggetto possa essere ricondotta ad un reato più grave.

Nelle more di un'auspicabile riforma, si deve dar atto, che in tema di *bis in idem* processuale, la giurisprudenza si sta aprendo da tempo all'utilizzo dei criteri valoriali e primariamente a quello della proporzionalità. Tale criterio, nonostante venga usato solo ai fini della valutazione della possibilità di un doppio procedimento – e quindi non come nel caso del concorso di norme ove per lo stesso fatto si considerano contemporaneamente applicabili due fattispecie di reato (si badi bene nello stesso procedimento) – se possa essere in futuro utilizzato anche nel diritto penale sostanziale.

La domanda che l'interprete può porsi, è se alla luce delle pronunce della Corte edu e di giustizia in materia di *bis in idem* processuale, le corti nazionali, in conformità al diritto convenzionale, si stiano aprendo o si possano aprire in futuro all'utilizzo di criteri valoriali trasportandoli nel concetto di divieto di *bis in idem* sostanziale.

Ci si riferisce nello specifico, alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo A et B c. Norvegia, ove la stessa, a seguito di un parziale *overruling* rispetto alla notoria Grande Stevens c. Italia, ha stabilito che in caso di identità di fatto storico e natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni, spetti al giudice valutare se sia possibile o meno avviare un secondo procedimento in base al parametro della connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo. Anche la Corte di giustizia si è pronunciata in merito e non esclude che la doppia sanzione costituisca *tout court* violazione di *ne bis in idem* considerandolo piuttosto una mera limitazione di tale diritto purché rispetti i requisiti dell'art. 52 § 1 CDFUE. Tale articolo, nello specifico, sancisce che le limitazioni devono rispettare il requisito della proporzionalità rispetto a un obiettivo, la presenza di regole chiare e precise, il coordinamento tra procedimenti e la proporzione della pena (causa Menci C-524/15).

La domanda è allora se questa apertura ai principi di proporzionalità e adeguatezza possano aprire la strada all'accoglimento dei criteri valoriali da parte delle corti nazionali per la risoluzione dell'interferenza tra norme in tutti quei casi in cui il legislatore non abbia costruito le fattispecie in rapporto di *genus-species* o con la presenza di clausola di riserva, ove invece sarebbe stata opportuna.

Vero che, in tal caso, il criterio della proporzionalità è usato con fini totalmente opposti rispetto a quelli di escludere il concorso, infatti lo stesso si utilizza per far sì che entrambe le sanzioni siano applicabili, mentre nel caso di concorso tra primo e secondo comma dell'art. 2638 c.c. il criterio, voleva essere utilizzato ai fini dell'esclusione dello stesso e dell'applicazione di una sola norma, che secondo il rispetto del principio di proporzionalità si presenti maggiormente lesiva del bene giuridico tutelato. Nonostante il dato positivo non lo permetta, sembra infatti irragionevole, punire due volte uno stesso soggetto che ha posto in essere una sola condotta violando due disposizioni, letteralmente e astrattamente eterogenee, ma di fatto espressione di una gradualità di protezione allo stesso bene giuridico e parzialmente coincidenti in quanto a modalità di messa in pericolo/lesione delle funzioni dell'autorità di vigilanza.

Proprio ragionando in merito al principio di proporzionalità, esso è considerato se pur non costituzionalizzato in via esplicita, ricavabile dall'art. 3 e dall'art. 27, comma 3, Cost. e dall'art. 49.3 della Carta europea dei diritti fondamentali, in riferimento alla funzione retributiva della pena. Il principio di base, che viene eretto a principio generale dell'ordinamento, si sostanzia nella necessaria proporzionalità tra gravità della violazione e afflittività della sanzione, poiché pene non commisurate alla gravità della violazione finirebbero per trattare in modo diseguale situazioni identiche, ponendosi appunto in contrasto con il principio di cui l'art. 3 Cost., nonché non avrebbero alcuna funzione rieducativa del reo (PALAZZO, *Corso di diritto penale parte generale*, Giappichelli, 2016, p. 29 ss.).

Quindi, si potrebbe azzardare, che la risposta sanzionatoria, dell'applicazione congiunta di entrambe le sanzioni – ovvero quelle del primo e secondo comma – rappresenti una risposta non proporzionata alla violazione poiché vi sono dei casi in cui ai fini della violazione del comma 2 è naturalisticamente necessario anche la violazione del comma 1, detto in altre parole è impossibile ledere il bene “funzione di vigilanza” senza averlo prima messo in pericolo e quindi sembrerebbe che l'applicazione di uno solo dei due commi possa assorbire interamente il disvalore della condotta.

Di conseguenza, sarebbe opportuno, forse, applicare i criteri valoriali, ripudiati dalla giurisprudenza, che però consentirebbero nel caso di specie di concludere per l'applicazione di uno solo dei reati e di consentire una risposta sanzionatoria adeguata.

Ovviamente, si precisa, il concorso è escluso in tutti quei casi in cui il soggetto non abbia agito con dolo specifico o con mezzi fraudolenti poiché in quel caso il primo comma non sarebbe astrattamente configurabile difettando elementi di fattispecie, così come qualora l'evento “ostacolo” non si verificasse escludendo quindi la sussumibilità del fatto sotto al comma 2.

Altri autori, (MONTANI, in *Reati in materia economica*, cit., p. 206) individuerrebbero un altro criterio per escludere il concorso tra norme, che è quello di dare un contenuto specifico alla locuzione “qualsiasi forma” contenuta al comma 2. Si ipotizza, che per “qualsiasi forma” non si debba intendere letteralmente una condotta qualsiasi, ma solo quelle che non costituiscono la fattispecie di cui al comma 1. Il ragionamento è il seguente: considerando che per le condotte particolarmente insidiose come quelle connotate da artificiosità si è scelto di punire il soggetto in un momento prodromico rispetto al danno e quindi costituire una tutela anticipata, la previsione dell'evento in una fattispecie autonoma di reato sia stata necessariamente pensata per condotte diverse e meno ingannevoli. Tale ricostruzione se pur apprezzabile in quanto a finalità, non risulta allo stato attuale accolta da alcuna pronuncia giurisprudenziale in merito, che anzi, nelle pronunce più recenti, non sembra valorizzare la fraudolenza dei mezzi del primo comma e si aggiunga, che, probabilmente, non viene accolta anche per la difficoltà di interpretare un dato letterale chiaro – “in qualsiasi forma” – in modo così divergente dal suo significato.

Si conclude allora, riprendendo quanto già esposto, ritenendo auspicabile l'inserimento di una clausola di riserva nell'art. 2638 c.c.; oppure che le Corti nazionali, prima o poi, in materia di concorso tra norme nei casi analoghi a quello preso in considerazione in questa osservazione – ovvero di inevitabile configurazione di due diversi reati in presenza di unico fatto naturalistico, scaturente dall'eterogeneità degli elementi normativi delle disposizioni ma che di fatto tutelano lo stesso bene giuridico a due livelli di protezione differente – comincino ad accogliere i criteri valoriali ai fini della risoluzione dell'interferenza tra norme, non ripudiandoli perché aleatori ma valorizzandoli ai fini di una soluzione costituzionalmente conforme, ispirata ai criteri della proporzionalità tra disvalore della condotta e rispettiva sanzione.

di

Dalila Federici

*Dottoranda di ricerca in Diritto penale
Sapienza Università di Roma*

